



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden Dr. Christian Lenneis und die weiteren Mitglieder ADir. RR Erich Radschek, Christian Schuckert und Felicitas Seebach im Beisein der Schriftführerin FOI Ingrid Pavlik über die Berufung des C und der O, vom 26. Juni 2008 gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg, vertreten durch Hofrat Mag. Franz Zaussinger, vom 28. April 2008 betreffend Umsatzsteuerfestsetzung für die Zeiträume Oktober 2006 – Dezember 2006 und Jänner 2007 – Juni 2007 nach der am 9. März 2011 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.
Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Kaufvertrag vom 14.10.2006 erwarben die in Frankreich ansässigen Bw (Eheleute) zusammen 45/1014 (je 45/2028) Liegenschaftsanteile verbunden mit Wohnungseigentum an Wohnung 8 sowie zusammen 9/1014 (je 9/2028) Liegenschaftsanteile verbunden mit Wohnungseigentum am KFZ- Stellplatz 8 Mitte, jeweils der Liegenschaft*, von der Firma - GMBH, um den Gesamtkaufpreis von € 187.422,00 zuzüglich 20% Umsatzsteuer (€ 37.484,40). Zum Zweck der Feststellung von Einkünften aus der Vermietung und Verpachtung dieser Objekte bilden die Bw eine steuerlich erfasste Miteigentumsgemeinschaft (MEG), welche Unternehmerfunktion ausüben soll und die umsatzsteuerrechtliche Beurteilung als eigenes Rechtssubjekt beansprucht.

Dem Kauf lag ein zur Gänze (120%) fremdfinanziertes „Vorsorgewohnungsmodell“ zu Grunde, welches die Finanzierung des Kaufes mit einem endfälligen, während der Laufzeit nicht rückzahlbaren Kredites vorsah. Der Kapitalaufbau des Tilgungsträgers erfolgte mittels Einmalerlag aus dem Vorsteuerguthaben und einer Eigenleistung zu Vertragsbeginn.

Neben dem Gesamtkaufpreis hatten die beiden Käufer folgende Kauf- und

Finanzierungsnebenkosten zu tragen (in €):

Kaufpreis netto	187.422,00	
20% USt	37.484,40	
KP brutto	224.906,40	
Kaufnebenkosten:		
Notar (inkl. USt = 1.465,60)	8.918,60	
Grunderwerbsteuer	7.871,72	
Eintragungsgebühr	2.249,06	19.039,38
Finanzierungsnebenkosten:		
Bearbeitungsgebühr	5.998,13	
Pfandbestellungsurkunde	2.874,30	
Devisenspesen, Kontoeröffnung	6.706,71	15.579,14
Gesamtfinanzierungsbedarf	259.524,92	

Die MEG machte die Vorsteuern aus dem Wohnungskauf geltend. Wegen des Verdachtes auf Vorliegen einer Liebhabereibetätigung wurde für den Zeitraum Oktober 2006 bis Juni 2007 eine Außenprüfung gemäß § 147 BAO durchgeführt. Dem Bericht über das Prüfungsergebnis (23.04.2008, AB-Nr. xy) sind die oben teilweise (Notar) korrigierten sowie folgende weitere Feststellungen zu entnehmen:

Der steuerliche Vertreter hatte dem Finanzamt folgende Beweismittel vorgelegt:

Kaufvertrag;
 Pfandbestellungsurkunde (*s. auch Grundbuch, C- Blatt, ENr. 17*);
 Rechnung des Notars;
 Prognoserechnung;
 Mietvertrag für Top 8 (*Anm. UFS: Mietvertrag für Stellplatz nicht aktenkundig*);
 Kreditvertrag;
 Betriebskostenabrechnung 2006;
 AfA- Berechnung;
 Modellrechnung;
 Hauseigentümerabrechnung IMV.

Die **Prognoserechnung** sah eine jährliche Indexsteigerung der Wohnungsmieten mit 2,5% vor und valorisierte die Betriebskosten im gleichen Ausmaß. Von den Anschaffungskosten wurde ein nicht abschreibungsfähiger Anteil für Grund und Boden von 20% ausgeschieden und aus der Vermietung ein laufender Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten erstmals im Bewirtschaftungsjahr „7“ (= 2013), ein Gesamtüberschuss erstmals im Jahr „13“

(=2019) erwartet. Der im Jahr „20“ (*richtig*: 21 = 2026) prognostizierte Gesamtüberschuss sollte demnach +€ 16.322,94 betragen.

Laut dem schon per 20.06.2005 mit dem Bestandnehmer abgeschlossenen Mietvertrag war für Top 8 ein monatlicher (Haupt-) **Mietzins** von € 407,60 netto zuzüglich USt vereinbart worden, welcher zwischenzeitlich eine Indexanpassung erfuhr und laut BP- Bericht (Punkt A.3.) im Jahr 2006 € 491,75 betrug, was bei einer Wohnungs- Nutzfläche von 44,98 m² einem Mietzins von € 10,93/m² entsprach. Für den Kfz- Stellplatz war im Jahr 2006 laut steuerlicher Vertretung ein monatlicher Mietzins von netto € 100,00 seitens des Bestandnehmers zu entrichten. Die Anpassung der Mietzinse war vereinbarungsgemäß jährlich auf Basis des VPI 2000 vorzunehmen. Der Mietvertrag für die Wohnung war beginnend mit 20.06.05 auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, ein Kündigungsverzicht des Mieters bis 19.06.2006 (Kündigungswirksamkeit frühestens 30.09.2006) vereinbart worden.

Zum Ausgleich von Leerstehungen hatten die Vermieter (Bw) laut BP- Bericht (Punkt B.2.) einen gleichfalls nach dem VPI wertgesicherten Pauschalbetrag von € 0,45/m² = € 20,24 monatlich an den dafür geschaffenen **Mieterpool** zu entrichten. Infolge Leerstehung ausfallende Mieten sollten aus diesem Pool ersetzt werden. Leerstehungsrisiko bzw. Pooleinzahlungen fanden sich in der Prognoserechnung der Bw nicht.

Entsprechend der Vorschreibung durch die Gebäudeverwaltung waren für das Objekt laut Prüferbericht im Jahr 2006 an **Betriebskosten** 12 mal € 100,31 wertgesichert auf Basis des VPI zu entrichten. Laut Abrechnung vom 16.03.2007 fielen tatsächlich Betriebskosten von insgesamt € 17.642,52 an (= Akonto, entspricht € 76,84 für 54/1014 Anteile; ohne den vom Mieter direkt an Energieversorger entrichteten Heizkostenaufwand; Ausgleich laut Abrechnung im Folgejahr). Die Prognoserechnung valorisierte den für 2006 mit € 127,35 angesetzten Betrag alljährlich mit 2,5%.

Kosten für **sonstigen Aufwand** bzw. für innerhalb von 20 Jahren voraussichtlich anfallende **Instandhaltungen** fanden in der Prognoserechnung keine Berücksichtigung.

Finanzierungskosten

Zur Deckung der Investitionskosten (siehe Berechnung oben, abzüglich Vorauserlag an den Notar) nahmen die Bw einen einmal ausnutzbaren **endfälligen Fremdwährungskredit** in CHF im Gegenwert von € 257.000,00 in Anspruch. Laut Kreditvertrag waren die Zinsen an den LIBOR bzw. SMR/EURIBOR gebunden. Es wurden während der 25-jährigen Laufzeit des endfälligen Kredites fixe Zinsen vom aushaftenden Kapital auf Indexbasis LIBOR iHv 3% p. a. berechnet. Der Kreditvertrag sah – wie die Prognoserechnung auch – **keine Sondertilgung** vor.

In der vom steuerlichen Vertreter vorgelegten Prognoserechnung wurden Zinsaufwendungen in Höhe von jährlich € 5.082,72 angesetzt, woraus die Prüferin schloss, dass der Kreditrahmen voll ausgeschöpft wurde. Denn nach Anwendung eines Zinsfußes von 2,5 % auf die **Netto**-Anschaffungskosten (Kaufpreis, Notar ohne Anzahlung, GrESt und Eintragungsgebühr) von € 203.308,99 ergab sich ein errechneter Zinsaufwand von € 5.082,72. Davon wich der tatsächlich angefallene Zinsaufwand – offensichtlich bemessen von der Kreditsumme inklusive USt und Finanzierungsnebenkosten – im Jahr 2008 wie erklärt mit € 11.814,65 nach oben, jener des Jahres 2009 wie erklärt mit € 3.511,87 nach unten ab. Worauf der Abfall des Zinsaufwandes in 2009 zurückzuführen war, ging aus den Erklärungen nicht hervor und konnte auch im weiteren Verfahren nicht aufgeklärt werden. In der Prognoserechnung blieben die auf die Kreditlaufzeit zu verteilenden sonstigen Finanzierungskosten (Darlehensgebühr, Pfandbestellungsurkunde, Devisenspesen, Kontoeröffnung) gänzlich unberücksichtigt.

Die Kreditrückzahlung sollte laut Vertrag aus dem Endkapital des **Tilgungsträgers** (= Wertpapiersparplan der Kreditgeberin) mit einem hierfür ausreichenden Endwert erfolgen. Der Tilgungsträger war zu Beginn mit dem Vorsteuerguthaben und einer (laut ursprünglicher Aktenlage von der BP angenommenen) „Eigen-“ Leistung von € 28.114,00 dotiert worden. Bei einer angenommenen durchschnittlichen Verzinsung von 4,75 % (entsprechend der Modellbeschreibung) sollte der Tilgungsträger am Ende der Kreditlaufzeit den Großteil des geschuldeten Betrages abdecken, der Restbetrag würde am Ende der Kreditlaufzeit durch eine Einmalzahlung getilgt. Das Kreditinstitut hatte sich ein Pfandrecht an den Liegenschaftsanteilen gesichert, zusätzlich diente das Wertpapierdepot als Sicherstellung des Fremdwährungskredites.

In der Modellbeschreibung wurde die Finanzierung des Wohnungskaufes in folgenden Varianten erläutert:

Beim Kauf **ohne** Eigenkapital stellt eine österreichische Bank 100 % Fremdkapital zur Verfügung. Die Rückerstattung der USt sei unter gewissen Voraussetzungen, wie

- endfällige Tilgung;

Vermietung der Wohnung – der Wohnungsinhaber gilt als Unternehmer

ein interessanter Steuervorteil. Die (vom Finanzamt) rückerstattete Umsatzsteuer wird demzufolge als Einmalerlag (als Lebensversicherung mit einmaliger Prämie) angelegt und soll die weit später geplante Kreditrückzahlung abdecken. Wohnungsleerstehungen werden durch einen eigens dafür eingerichteten Mieterpool ausgeglichen, es kommt zu keinem Einnahmenausfall.

Als Besonderheit wird die Möglichkeit aufgezeigt, die Wohnung am Ende der Laufzeit oder bereits davor (ab einer Laufzeit von 10 Jahren) zu verkaufen.

Beim Kauf **mit** Eigenkapital soll dieses den aufgenommenen Kreditbetrag verringern.

Abweichend von der im Regelfall angenommenen Kreditlaufzeit von 25 Jahren ist ein Ausstieg bereits vorher möglich, Ausstiegsszenarien werden im Modell in verschiedenen Varianten dargelegt. Im gegenständlichen Fall war jedoch von einer Sondertilgung nicht die Rede.

Nach Darstellung der Rechtslage (§ 2 Abs 2 und Abs 3 EStG 1988, § 2 UStG 1994 und Liebhabereiverordnung idF BGBl 1993/33 = kurz: L-VO II) würdigte der Prüferbericht die streitgegenständliche Betätigung an Hand einer adaptierten Prognoserechnung wie folgt:

Mietzinse

Das Mietentgelt unterlag laut Vertrag keinen Mietzinsbeschränkungen. Die Prognoserechnung setzte 2007 mit einem auf 11,33/m² erhöhten monatlichen Bestandzins fort. Die Prüferin wendete demgegenüber auf das – *Anm. UFS: bis heute nicht erklärte!* – Jahr 2007 die Indexanpassung von 2,5% laut Fußnote zur Prognoserechnung des steuerlichen Vertreters an, was einen monatlichen Bestandzins ab Jänner bis Dezember 2007 von € 11,20/m² ergab. Die Stellplatzmieten wurden allerdings von der Prüferin abweichend von der vorgelegten Prognoserechnung (dort € 100,00/Monat) und ausgehend von vermeintlich erklärten € 242,00 (Irrtum der BP: € 42,00 betrafen die mit 20% USt- pflichtige Vorauszahlung an Heizkosten) für Monate 11-12/ 2006 mit € 1.477,00 für 2007 (Prognose der Bw: € 1.236,00) und ab da so wie der Wohnungsmietzins mit 2,0 % indexiert fortgerechnet . *Anm. UFS: Begründung siehe unten.*

Gestützt auf die Annahme, dass in den erst vor kurzem abgeschlossenen Mietverträgen das marktübliche Mietentgelt voll ausgeschöpft wurde, zog die Prüferin die Mietzinse das Jahres 2006 als Ausgangswert für die Ansätze in den Folgejahren heran.

Indexanpassung

Die im Jahr 1997 abgeschlossenen Mietverträge sahen eine Wertsicherung des Mietzinses auf Basis des VPI vor. Demnach sei in Höhe des Wertanstiegs des VPI eine jährlich vorzunehmende Anpassung der Mietzinse erforderlich. Nach dem dem Finanzamt vorgelegten Mietvertrag erfolge die Anpassung auf Basis des Verbraucherpreisindex 2000. Nach Aufstellung des Statistischen. Zentralamtes (http://www.statistik.at/fachbereich_02/vpLtab2.shtml) habe die durchschnittliche Inflation der Jahre 1993 -2005 2 % betragen (Jänner 2006: 1,2 %); somit könne auch zukünftig auf eine jährliche Indexsteigerung von 2 % geschlossen werden (Verweis auf die Berechnung der durchschnittlichen Indexsteigerung).

Verbraucherpreisindex (Mietpreisindex)		
Jahr	Inflation in %	Veränderung zum Vorjahr in %
ab 2006 (Prognose)	2	13%
2005	2,3	10%
2004	2,1	62%
2003	1,3	-28%
2002	1,8	-33%
2001	2,7	17%
2000	2,3	283%
1999	0,6	-33%
1998	0,9	-31%
1997	1,3	-32%
1996	1,9	-14%
1995	2,2	-36%
1994	3	-17%
1993	<u>3,6</u>	
Durchschnitt	2	

Die in den Prognoserechnungen des steuerlichen Vertreters (Dr. Staribacher/Dr. Obermayer) in Ansatz gebrachte Indexsteigerung in Höhe von 2,5% basiert auf der Indexentwicklung des VPI 1986 der letzten 20 Jahre. Zum Nachweis seien Unterlagen des Statistischen Zentralamtes vorgelegt worden. Als weiterer Beweis (*gemeint*: Argument) für eine höhere Indexsteigerung seien die in den letzten Monaten vorgenommenen Zinserhöhungen der Europäischen Zentralbank, welche letztlich auch Einfluss auf die Inflationsrate hätten, zu sehen.

Aufgrund der unterschiedlichen wirtschaftlichen Voraussetzungen der Jahre vor 1993 – hohes Zinsniveau, hohe Inflationsraten, wirtschaftliche Stabilitätspolitik mit dem Beitritt Österreichs zum EWR 1994 und zur EU 1995 – seien aber die Jahre vor 1993 in der Berechnung der durchschnittlichen Inflationsrate nicht zu berücksichtigen. Außerdem sei darauf zu verweisen, dass ein Miteinbeziehen der Jahre vor 1993 auch eine wesentlich höhere Durchschnittsverzinsung zur Folge hätte und somit auch höhere Finanzierungskosten bedeuten würde (Verweis auf Punkt 5., Finanzierungskosten).

Aufwendungen Mietenpool

Die vorgelegte Prognoserechnung ging einseitig von einer durchgehenden Vermietung ohne Leerstellungen aus; die Prüferin nahm für den Prognosezeitraum von 20 Jahren Leerstellungen an, die mit einem Abschlag zu berücksichtigen waren, wozu ihr der

aufwandseitige Ansatz des weiter oben erwähnten Beitrages zum Mieterpool (monatlich € 20,24) diene. Auch hier ging die Prüferin von einer jährlichen Indexierung mit 2,0 % aus.

Betriebskosten und sonstiger Aufwand

Die Wertansätze laut Prognoserechnung wurden auf eine Indexierung mit 2,0 % korrigiert.

Zukünftige Instandhaltungs- / Instandsetzungskosten

In der Prognoserechnung fehlende Ansätze für künftige Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten seien nach ständiger Rechtsprechung des VwGH in einer realitätsnahen Vorschau zu berücksichtigen. Eine zur Finanzierung derartiger Aufwendungen geschaffene Rücklage sei von den Objekteigentümern mit einem Fixbetrag monatlich zu dotieren. Wirtschaftlich betrachtet handle es sich dabei um Vorauszahlungen für im Prognosezeitraum (20 Jahre) zu erwartende Sanierungsmaßnahmen. In der nun adaptierten Prognoserechnung würden solche Aufwendungen anfielen, mit 5% der Mieteinnahmen angesetzt (2006 € 49,00; 2007 € 300,00, indexiert mit 2,0 %).

Finanzierungskosten

Das Projekt werde so beworben, dass es sich sogar im Falle einer Finanzierung ohne Eigenmittel nahezu selbst finanziert. Dies solle dadurch erreicht werden, dass über den Bruttobetrag (inklusive Umsatzsteuer!) ein endfälliger Kredit mit einer Laufzeit von 25 Jahren aufgenommen wird. Zur Tilgung am Ende der Laufzeit diene ein Tilgungsträger. Der Tilgungsträger werde aus der Vorsteuer aus dem Ankauf und einer „Eigenleistung“ (*Irrtum der BP: tatsächlich ein Eigenmittel- Ersatzdarlehen des Modellvertreibers an die Bw*) zu Vertragsbeginn gespeist. Das zu erwartende Kapital solle am Ende der Laufzeit (25 Jahre) den Großteil der Kreditsumme abdecken. Der Restbetrag solle durch eine Restzahlung getilgt werden. Sämtliche anfallende Kosten, wie zum Beispiel die Kreditzinsen, sollten durch die Mieteinnahmen abgedeckt werden. Mögliche bzw. wahrscheinliche Unterdeckungen könnten monatliche Zuzahlungen erforderlich machen. Von einer Sondertilgung werde nicht gesprochen. Angeboten werde auch die Möglichkeit Eigenkapital einzusetzen, wie dies im vorliegenden Fall geschehen sei. In den Projektunterlagen im Internet sei diese Variante so beworben worden, dass die Eigenmittel den Fremdfinanzierungsbedarf kürzen und damit auf Grund der geringeren Zinsenbelastung bereits mit einem monatlichen Überschuss (Cashflow - nicht steuerlich!) gerechnet werden kann.

Abweichend von dieser angebotenen Variante sei tatsächlich aber so vorgegangen worden, dass auch die „Eigenmittel“ (*Anm.: siehe Richtigstellung oben*) als Einmalerlag auf den Tilgungsträger gelegt wurden. Diese Eigenmittel in Verbindung mit der ebenfalls im Tilgungsträger veranlagten Umsatzsteuer sollten einen Großteil des endfälligen Kredites am

Ende der Laufzeit abdecken. Der Restbetrag werde durch eine Einmalzahlung am Ende der Kreditlaufzeit getilgt.

Zinsen von Bruttoanschaffungskosten

Wie aus den vorgelegten Unterlagen hervorgehe, sei die Finanzierung des Ankaufs der Liegenschaftsanteile auf Basis der Bruttoanschaffungskosten (inkl. USt sowie sämtlicher Nebenkosten) erfolgt. Wie bereits angeführt solle die in der Rechnung über den Kauf ausgewiesene Umsatzsteuer nicht die Kreditbelastung verringern, sondern bei Gutschrift auf dem Steuerkonto zum Aufbau eines Tilgungsträgers verwendet werden. In die Prognoserechnung (zwecks Darstellung einer Einkunftsquelle) sei daher von einer Zinsenbelastung abgestellt auf das gesamte aufgenommene Kreditvolumen auszugehen. Der gesamte aufgenommene Kredit als Basis für die Zinsenermittlung in der Prognoserechnung betrage daher € 257.000,00.

Zinssatz

Von den Vermietern sei ein endfälliger Kredit (aufgenommen worden), dessen Verzinsung 3% p. a. vom aushaftenden Kapital betrage.

Die in der Prognoserechnung lt. BP angesetzten Zinsaufwendungen seien daher wie folgt zu berechnen:

Kreditbetrag	€ 257.000,00
x 3,00%	
jährlicher Zinsaufwand lt. Bp	€ 7.710,00

Anmerkung: Bei Ansatz (*Betrachtung*) eines längeren Zeitraumes, wie von der steuerlichen Vertretung für die Indexanpassung bei den Mieteinnahmen gefordert, müssten auch die Kreditzinsen über einen längeren Zeitraum beobachtet werden. Dies würde einen wesentlich höheren Ansatz in der Prognoserechnung ergeben als bisher.

Sonstige Finanzierungskosten

Die in Zusammenhang mit der Errichtung der Kreditverträge stehenden Finanzierungskosten wie Darlehensgebühr, Pfandbestellungsurkunde etc. in Höhe von € 15.569,14 seien bisher unberücksichtigt geblieben und auf die Kreditlaufzeit (25 Jahre) aufzuteilen. Die Prognoserechnung sei dementsprechend adaptiert worden.

Zusammenfassend gelangte der Bericht auf Basis seiner Prognosekorrekturen zu einem erwartbaren negativen Gesamtergebnis aus der Vermietung von Wohnung und Kfz- Stellplatz im Zeitraum 2007 – 2027 von -€ 80.507,00, sah dadurch die Annahme von Liebhaberei bestätigt und empfahl dem Finanzamt, ein Feststellungsverfahren gemäß § 188 BAO nicht durchzuführen, Einkünfte nicht festzustellen und mangels Unternehmereigenschaft der MEG

den Vorsteuerabzug zu versagen, die gemäß § 11 Abs 14 UStG auf Grund der Rechnungslegung geschuldete Umsatzsteuer aber festzusetzen.

Gegen die Bescheide betreffend Umsatzsteuerfestsetzung für 10-12/2006 und 1-6/2007, mit denen das Finanzamt der Prüferempfehlung folgte, erhoben die Bw fristgerecht Berufung, beantragten die Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung vor dem gesamten Berufungssenat und begründeten ihr Rechtsmittel wie folgt:

Die Abgabenbehörde habe eine unrichtige rechtliche Würdigung vorgenommen. Tatsächlich sei die „vorgelegte Vermietung & Verpachtungstätigkeit“ im gegenständlichen Objekt als Einkunftsquelle „anzusetzen“ und daher der Vorsteuerabzug zur Gänze zu gewähren.

Vorweg beanstandeten die Bw, dass das Finanzamt von einer Indexierung der Vorschauansätze mit bloß 2,0 % statt der prognostizierten 2,5 % ausging: Wenn ein 20-jähriger Beobachtungszeitraum herangezogen werde, sei die Verbraucherpreisanpassung im selben Zeitraum und nicht bloß – wie laut Prüfer-Bericht – für die letzten 13 Jahre (1993-2006) zu berücksichtigen. Dabei zeige sich eine jährliche Preissteigerung von durchschnittlich 2,5 %, wobei nach heutigem Wissensstand auch dieser Wert zu niedrig sei, da die derzeitige Inflationsrate wesentlich über 3,0 % liege und etwa der für März 2008 veröffentlichte VPI vorläufig 3,5 % ausweise; hierbei seien für die Monate Jänner, Februar und März Inflationswerte von 3,2 %, 3,2 % bzw. 3,5 % errechnet worden. Die Nachweise seien der Homepage der Statistik Austria zu entnehmen.

Außerdem sei es gelungen, eine **Zinsbewirtschaftung** anzuwenden, wodurch sich „klarerweise“ der Zinsaufwand „erheblich“ verringern und somit im vorgeschriebenen Zeitraum von 20 Jahren ein positives Ergebnis erreichen lasse. Dem als Beweismittel beigefügten, mit 6. Mai 2008 datierten Schreiben der Fa. S an die Fa. V, ist wörtlich zu entnehmen (Normaldruck, hier **fett** wiedergegeben):

„Bezug nehmend auf unser letztes Gespräch möchten wir hier nochmals festhalten, dass die von uns vorgeschlagene Vermögensverwaltung prinzipiell nach folgenden Rahmenbedingungen agiert:

(Zeile 4, Schwachdruck: „Das Vermeiden von Risiken steht im Vordergrund des Kreditmanagements!“)

Basis des Managements ist ein endfälliges Darlehen, welches auch in Fremdwährung geführt werden kann. Das Darlehen bei der kreditgewährenden Bank ist dabei der Risikoausgleich für das Wechselkursmanagement und die Derivativspekulationen. Durch das ‚Pooling- Verfahren‘ bei ausgewählten Vertragsbanken können Kleinkreditnehmer jene Möglichkeiten nutzen, die üblicherweise nur institutionellen Investoren vorbehalten sind.

Oberstes Ziel ist es, durch das Kreditmanagement den Gegenwart der Kundendarlehen stabil zu halten oder zu senken. Um den Zinsvorteil zu nutzen, werden in Marktphasen, die für Fremdwährungskredite geeignet sind, die Darlehen in zinsgünstige Fremdwährungen geführt. In jenen Marktphasen, in welchen die Wechselkurse zu steigenden Kreditständen führen würden, werden Fremdwährungsdarlehen gewechselt. Der Einstieg in zinsgünstige Fremdwährungen erfolgt gemäß einer mittelfristigen Strategie und ausschließlich bei dazu geeigneten Einstiegsniveaus. Zusätzlich werden Casherträge auf ‚kreditgedeckter Basis‘ mittels Währungsspekulationen bei der kreditgewährenden Bank erwirtschaftet (Option-Selling). Diese cashwirksame Ertragskomponente dient zum Aufbau eines Sicherheitspuffers von 5% der Kreditsumme.

Darüber hinaus stehen diese zusätzlichen Casherträge aus den Derivaten für Zinszahlungen oder Tilgung zur Verfügung. Das Modell ist sehr gut für jene Kreditnehmer geeignet, die das Management eines Fremdwährungsdarlehens auslagern und zusätzliche Erträge aus ihrer Finanzierung erwirtschaften möchten. Die Kunden sollten in jedem Fall über grundlegendes Wissen und/oder Erfahrung im Bereich Fremdwährungen verfügen und ausreichendes Risikobewusstsein und Risikofähigkeit aufweisen, um Schwankungen an den Währungsmärkten ohne Beeinträchtigung der finanziellen oder persönlichen Lebensqualität zu verkraften.

(nächste Zeile: „Ertragsziele in % der Kreditsumme:“)

Mögliche Währungsgewinne:	0-2 % p.a.
Mögliche Erträge aus Derivaten:	1-2 % p.a.
Kosten:	
Agio:	1 %
Management:	0,2 % p.a.
Erfolgsgebühr:	15%
Zuzügl. gesetzlicher Umsatzsteuer	

Die Erfolgsgebühr wird nach dem Niedrigstwertprinzip berechnet (nur für neue Erträge aus der Summe der Derivatgeschäfte und des Währungsmanagements pro Quartal). Die Spesen werden nur bei positiven Casherträgen aus den Derivaten verrechnet.

Wenn man die Ergebnisse der Kredit- /Zinsbewirtschaftung der von uns vorgeschlagenen Vermögensverwaltung aus den vergangenen Quartalen auf die uns von Ihnen übermittelten Daten appliziert, kommt man zu folgendem Bild:

<i>(angenommenes)</i> Kreditvolumen			190.762,73		
	Kreditbewirtschaftung			Kredit	Summe
	Brutto	Netto		Zinsen	
Q1/07				-1.717,91	-1.717,91
Apr 07	0,34%				
Mai 07	0,36%				
Jun 07	0,31%				
Q2/07	1,01%	0,63%	1.204,58	-1.757,63	-553,15
Jul 07	0,75%				
Aug 07	1,59%				
Sep 07	0,47%				
Q3/07	2,81%	2,11%	4.020,13	-1.949,27	2.070,86
Okt 07	0,73%				
Nov 07	0,63%				
Dez 07	0,24%				
Q4/07	1,60%	1,12%	2.127,39	-2.005,57	121,82
Jan 08	0,22%				
Feb 08	0,13%				
Mrz 08	0,11%				
Q1/08	0,46%	0,18%	344,14	-2.075,56	-1.731,42
Summe			7.696,13	-9.499,94	-1.803,81

Wir hoffen Ihnen den für Sie notwendigen Gesamtüberblick geschaffen zu haben und stehen jederzeit bereit die nötigen Prozesse bei Ihnen aufzusetzen. Über einen Terminvorschlag Ihrerseits würden wir uns sehr freuen."

(Nach Grußformel und Unterschrift des Bearbeiters, in Kleindruck:)

„DISCLAIMER

Die oben genannten Informationen stellen weder ein Angebot, eine Aufforderung noch eine Empfehlung zum Abschluss eines Managementantrages dar. Trotz aller Sorgfalt bei der Erstellung dieser Informationen, kann weder eine Zusicherung und/oder Garantie hinsichtlich Genauigkeit, Richtigkeit oder Vollständigkeit bzw. für ein bestimmtes Handelsergebnis gegeben werden. Historisch positive Werte schließen Verluste in Zukunft nicht aus."

Das Finanzamt legte die Berufung ohne weitere Zwischenerledigung dem UFS vor.

Der Referent im UFS ersuchte die Bw, ihre Bewirtschaftungsergebnisse bis einschließlich Oktober 2010 detailliert unter Beifügen der Rechnungen bzw. Einnahmen- und Aufwandsbelege offen zu legen, eine allfällig schon erfolgte Sondertilgung des Kredites zu dokumentieren sowie eine etwaige Veräußerung der Objekte (unter Vorlage des Verkaufsvertrages) bekannt zu geben.

Gleichzeitig lud der Referent die Parteien des Verfahrens zur beantragten mündlichen Berufungsverhandlung vor dem gesamten Senat.

Vorhalt und Ladung beantworteten die Bw durch ihren neu bestellten Zustellungsbevollmächtigten wie folgt:

Es handle sich bei dem beworbenen (und investierten) Modell um einen groß angelegten Betrug. Den Bw sei es unter Vortäuschung falscher Tatsachen schmackhaft gemacht worden. Man habe ihnen versprochen, sie könnten ohne jede Anzahlung und ohne laufende Zahlungen eine Wohnung erwerben. Dies sei möglich durch sehr niedrige (Kredit-) Zinsen, die jedenfalls durch die Einnahmen gedeckt wären, und durch den Vorteil einer möglichen Refundierung der Kaufpreis-Umsatzsteuer (als Vorsteuerabzug). Nur manche Anlegern (auch den Bw) sei erklärt worden, dass sie in einer Hochzinsphase für kurze Zeit ganz geringe Zuzahlungen im Ausmaß von bis zu € 100 (in anderen Fällen bis € 220) leisten müssten. Man habe dafür eine Reserve eingebaut. Die vorgesehenen Eigenmittel würden zum Teil durch die USt- Refundierung, zum anderen Teil durch einen vom Verkäufer beigesteuerten Betrag (meist 15% von der Kaufpreissumme) beigesteuert. Dieser Teil solle zunächst vom Verkäufer an den Modellvertreiber gezahlt werden und dann an die Kunden als (Eigenmittel- Ersatz-) Darlehen fließen. Aber auch dieses Darlehen könne durch die Mieteinnahmen bedient werden. Den Kunden (Bw) sei ein fertiges Paket präsentiert worden, das auch die Finanzierung und Steuerberatung inkludiere. Die Anleger hätten also nur mehr unterschreiben müssen. Ihnen seien jedoch folgende Umstände verheimlicht worden:

- Den hoffnungslos überhöhten Kaufpreis habe man den Bw mit der erwarteten künftigen Immobilienpreissteigerung in Wien erklärt. Die ausländischen Anleger hätten dies nicht angezweifelt. Verschwiegen habe man ihnen, dass die Voraussetzungen für eine Refundierung der USt – gehe man nur von den schriftlichen Kreditverträgen aus – nicht unbedingt vorlagen. Das mündliche Versprechen, dass die Mieteinnahmen alle Kosten decken würden, habe in den schriftlichen Verträgen keinen Niederschlag gefunden.

- Sodann widmete sich der Schriftsatz ausführlich der angeblich betrügerischen Vorgehensweise von in der Strafanzeige namentlich angeführten Organen der genannten Banken. Diese hätten die fertigen Pakete für den Verkauf der Wohnungen zusammen mit den Vertretern der verkaufenden Gesellschaften geschnürt, und dies im vollen Wissen um die völlige Überhöhung der Kaufpreise; trotzdem habe man 120% der Investition kreditiert, wohl

aus reinem Gewinnstreben (Kreditgebühren, Zinsen). Es folgen Ausführungen zur strafrechtlichen Qualität dieses Vorgehens. Die Banken hätten, so der Schriftsatz weiter, Kreditzinsen nur insoweit verlangen dürfen, als diese durch die Mieteinnahmen gedeckt sind. Den Bw stehe wegen des überhöhten Kaufpreises ein (eingeklagter? dies bleibt offen) Schadenersatzanspruch von € 46.653,55 zu.

- Wenn nun ohne Eigenmittel nach 25 Jahren eine Eigentumswohnung lastenfrei erworben werde und die Kreditkosten jedenfalls durch die Mieteinnahmen gedeckt seien, könne keine Liebhaberei vorliegen.
- Anders als andere Banken, die gegenüber ihren Kreditnehmern eingelenkt hätten, habe die hier Kredit gewährende Bank einige Anleger (unklar, ob auch die Bw) als Kreditnehmer auf Erfüllung ihrer Kreditverbindlichkeiten geklagt, die Verfahren ruhten derzeit jedoch, bis „ein anderes Verfahren entschieden ist“.

Nach Anführung von Beweismitteln, nämlich:

- Gerichtsakten zur erwähnten Klage;
 - Gerichtsakten zu einem gleich gelagerten, bis zur Beweisaufnahme gediehenen Verfahren;
 - Strafanzeige an die Staatsanwaltschaft und
 - Informationsblätter des Schweizer Modellvermittlers,
- beantragten die Bw, ihrer Berufung Folge zu geben.

In der am 9. März 2011 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung wurde ergänzend ausgeführt

Steuerlicher Vertreter:

Das Modell war so aufgebaut, dass 120 % des Kaufpreises fremdfinanziert wurden, nämlich auch die Umsatzsteuer. Allerdings gab es drei Tilgungsträger.

Bezüglich der – auch in diesem Fall aufgebauten – Tilgungsträger ist zu sagen, dass de facto eine Überfinanzierung stattgefunden hat. Wenn man die als Eigenkapital zu wertenden Beträge (gemeint: Zinsgutschriften auf den Tilgungsträgern) einbezieht, so ergibt sich innerhalb des Zeitraumes von 20 Jahren sehr wohl ein Gesamtüberschuss. Festzuhalten ist weiters, dass bei dem vorliegenden Modell jedenfalls nicht sämtliche Zinsen angesetzt werden dürfen.

Mag. Zaussinger:

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass eine Trennung zwischen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung und Einkünften aus Kapitalvermögen stattzufinden hat. Eine Saldierung etwaiger Erträge aus anderen Einkunftsarten kann wegen des Grundsatzes der Subsidiarität nicht mit Einkünften aus Vermietung und Verpachtung erfolgen. Daraus ergibt sich, dass die Zinsen sehr wohl auf Basis einer Fremdfinanzierungsquote von 120 % anzu-

setzen sind. Die bisher gelegten Prognoserechnungen und Erklärungen, die diesen Gedanken nicht aufgegriffen haben, sind daher nicht zu korrigieren.

Steuerlicher Vertreter:

Es war so, dass der Initiator des Modells im vollen Wissen und Einverständnis mit den Banken zugesichert hat, dass die Kreditrückzahlungen mit den Mieteinnahmen gedeckt werden. Auf Grund dessen ist es meiner Ansicht nach schon deshalb ausgeschlossen, dass dieses Modell als Liebhaberei zu beurteilen ist.

Zu wenig beachtet wurde bislang die umsatzsteuerliche Seite des Falles; zu verweisen ist auf die Judikatur des EuGH, wonach betreffend Umsatzsteuer die gesamten Umstände, unter denen der Unternehmer das Wirtschaftsgut bewirtschaftet, zu berücksichtigen sind. In Rechnung zu stellen ist dabei, dass eine andere Beurteilung allenfalls in den Fällen Platz greifen kann, in denen der Bereich der Lebensführung berührt ist, im konkreten Fall allerdings eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt. Die Trennung in verschiedene Einkunftsarten mag für die Einkommensteuer gelten, ist aber nicht für die Umsatzsteuer relevant.

Mag. Zaussinger:

Dem ist zu entgegen, dass die umsatzsteuerliche Betrachtung in aller Regel der einkommensteuerlichen folgt, wobei allerdings zu ergänzen ist, dass bei Tätigkeiten gemäß § 1 Abs 1 Liebhabereiverordnung eine unternehmerische Tätigkeit von vorneherein unterstellt wird.

Steuerlicher Vertreter

In diesem Fall hat keine Umschichtung vom Tilgungsträger auf den Kredit stattgefunden. Allerdings sind nicht alle Schuldzinsen ergebniswirksam zu berücksichtigen, weil diese teilweise auch mit der Dotierung von Tilgungsträgern in Zusammenhang stehen.

Ich rege ferner an, mit der Entscheidung des Falles zuzuwarten, bis das endgültige Urteil im Verfahren der Bank gegen (einige meiner) Mandanten ergangen ist. Auch verweise ich auf die im Namen meiner Mandanten erstattete Strafanzeige an die Staatsanwaltschaft Wien (siehe vorbereitender Schriftsatz zu dieser Verhandlung), welche die Anzeige nun prüft und einen gerichtlich beeideten Sachverständigen beauftragt hat, der die Vorgangsweise der Bank und des Modellvertreibers/Liegenschaftsverkäufers untersuchen soll.

Über die Berufung wurde erwogen:

Die gegenständliche Tätigkeit: Bewirtschaftung einer Eigentumswohnung mit auftretenden Verlusten, unterfällt der Norm des § 1 Abs 2 Z 3 Liebhabereiverordnung BGBl 1993/33 idF BGBl II 1997/358 (kurz: L-VO) und erfährt zunächst die dort geregelte Annahme von Liebhaberei. Die Annahme von Liebhaberei kann aber gemäß § 2 Abs 4 L-VO ausgeschlossen

sein. Liebhaberei liegt (nur) dann nicht vor, wenn die Art der Bewirtschaftung oder der Tätigkeit in einem „absehbaren“ Zeitraum einen Gesamtüberschuss der Einnahmen über die Werbungskosten erwarten lässt. Andernfalls ist das Vorliegen von Liebhaberei ab Beginn der Betätigung so lange anzunehmen, als die Art der Bewirtschaftung oder der Tätigkeit nicht im Sinne des vorstehenden Satzes geändert wird. Bei Betätigungen im Sinne des § 1 Abs 2 Z 3 L-VO gilt als absehbarer Zeitraum ein solcher von 20 Jahren ab Beginn der entgeltlichen Überlassung, höchstens von 23 Jahren ab dem erstmaligen Anfallen von Aufwendungen (Ausgaben). Da die Bw eine bereits vermietete Eigentumswohnung samt Kfz-Stellplatz erworben haben, ist zu prüfen, ob ihre Betätigung innerhalb von 20 Jahren ein positives Gesamtergebnis erwarten lässt.

Die Bw haben zur Untermauerung ihres Vorbringens, dass die Art der Bewirtschaftung bereits nach 13 Jahren (ohne Sondertilgung) der Betätigung einen Totalüberschuss der Einnahmen über die Werbungskosten erwarten lasse, zwei Varianten einer **Prognoserechnung neu** vorgelegt, worin

- hinsichtlich des **Kreditzinsenaufwandes** die Kreditsumme nur mit € 203.308,99 berücksichtigt ist. Die Bw wenden sich in ihrer Berufungsschrift und in den Prognosen gegen eine Indexierung der Mieteinnahmen mit bloß 2% statt der von ihnen auf Grund statistischer Unterlagen angenommenen 2,5%. Wenn die Abgabenbehörde einen Beobachtungszeitraum von 20 Jahren anlege, so müsse auch der VPI 1986 herangezogen und die Indexentwicklung der letzten 20 Jahre berücksichtigt werden. Dieses Argument führt schon deswegen nicht zum Erfolg, weil dann auch die von der Prüferin mit 2% indexierten Aufwendungen für Betriebskosten und der von ihr vorsichtig nur mit 3% p. a. prognostizierte Zinsenaufwand mit Blick auf die – aus Sicht des Streitzeitraumes – letzten 20 Jahre, somit ab 1986 (und nicht wie bisher ab 1993) nach oben zu korrigieren wären, was das Gesamtbild deutlich verschlechtern würde. Die aus heutiger Sicht enorm hohen Inflationswerte vor 1993 (Zinssätze 1989 - 1994 zwischen 9,0% und 4,1%) entsprechen zwar nicht dem durchschnittlichen Niveau der Jahre 1993-2005, so dass das Finanzamt von einer vollen Berücksichtigung zu Recht Abstand genommen hat. Im Übrigen ist aber nicht auszuschließen, dass abweichend von den Jahren 2009 und 2010 zukünftig wieder deutlich höhere Inflationswerte und (wegen erwartbarer Anhebung der Leitzinssätze) auch höhere Kreditzinssätze der Geschäftsbanken Platz greifen werden, so dass aus der Einbeziehung der niedrigen Echtdateen des Jahres 2009 und der (trotz Aufforderung undokumentiert gebliebenen) Zeiträume 2010/1.Quartal 2011 (die Inflation ist, nach Tiefstwerten bis 2010, inzwischen auf den Jännerwert von 3% gestiegen, Zinssatzerhöhungen können bei weiter steigender oder auf 3% sich einpendelnder Inflation schon im Hinblick auf die konkret angekündigten Zinsschritte der EZB wieder erwartet werden) für einen diese Daten mitberücksichtigenden durchschnittlichen Wertansatz auf Sicht

von weiteren 15 Jahren (bis 2026) prognostisch nichts gewonnen ist. Der langjährige durchschnittliche Zinssatz laut Prüferbericht von 3,0% erscheint eher noch zu niedrig, beschwert die Bw keinesfalls unsachlich und hat jedenfalls mehr Realitätsnähe für sich als der Zinssatz von 2,5% laut Prognose der Bw.

- Außerdem werden beginnend mit 2008 **Boni aus Zinsbewirtschaftung** erwartet, allerdings ohne diese ziffernmäßig darzustellen oder sie gar in eine Prognoserechnung einzubauen. Die Bw leiten daraus pauschal ein positives Gesamtergebnis binnen 20 Jahren ab. Ein Vertrag über die Zinsbewirtschaftung wurde im Verfahren nicht beigebracht, die angeblich konstant positive Performance des mit hochriskanten Derivaten operierenden Finanzdienstleistungsproduktes auf keine Weise dokumentiert. Boni aus Zinsbewirtschaftung können somit schon deshalb nicht als prognoserelevant anerkannt werden.

- Die prognostisch veranschlagten **Kreditzinsen** vernachlässigen die tatsächliche Kreditsumme von € 257.000,00, weichen für die Jahre 2006 (€ 847,12), 2008 und 2009 (jeweils € 5.082,72) vom tatsächlich angefallenen Zinsenaufwand ab (laut Beilagen zu den Feststellungserklärungen 2006/2008/2009: € 964,00/11.814,65/3.511,87) und erscheinen für 2007 sowie für die Folgejahre bis 2027 mit jeweils gleich hohen Beträgen von vornherein unrealistisch: Diese Werte können schon deshalb nicht als sachgerecht anerkannt werden, weil sie von einer fiktiven Kreditsumme ausgehen. Allein die Differenz zwischen den 2,5% Zinsen für € 203.308,99 (= € 5.082,72 p. a.) und den 3,0% Zinsen für € 257.000 (= € 7.710,00 p. a.) beträgt jährlich € 2.737,28 und beläuft sich innerhalb von 20 Prognosejahren (2007-2026) auf eine Ergebnis verschlechternde Differenz von € 54.745,60. Dabei sind die hier als zutreffend erkannten, den gesamten Aufwand zwingend erhöhenden Prognoseansätze des Prüferberichtes für aktivierte Finanzierungsnebenkosten, Mietenpooleinzahlungen sowie Reparatur- und Instandsetzungs-Reserve noch gar nicht berücksichtigt. Folgt man nun dem Indexierungssatz von 2,5% laut Prognose der Bw (dafür spricht eine Berücksichtigung von 20 Jahren Referenzzeitraum (1986-2005), so ist das dort errechnete Gesamtergebnis bis 2026 von +€ 16.322,94 um bisher nicht berücksichtigte € 54.745,60 Kreditzinsen auf **-€ 38.422,66** zu korrigieren; bis Ende 2027 (Jahr 21+ der Betätigung) verbessert sich das von den Bw errechnete Gesamtergebnis nur unwesentlich auf -€ 37.919,48. Verlust erhöhend abzuziehen sind jedenfalls auch die Abschreibungsbeträge für Finanzierungsnebenkosten 2006-2026 im Gesamtbetrag von 12.771,50 (siehe unten). Alljährlich positive Resultate einer angeblich vereinbarten Zinsbewirtschaftung erscheinen dagegen angesichts des beträchtlichen Risikopotenzials von Finanzderivaten (Swap-, Switch- und Optionsgeschäfte; siehe den oben wiedergegebenen *Disclaimer* im S- Schreiben) völlig unrealistisch. Im Übrigen konnte weder eine mit der Prognoserechnung übereinstimmende

konstante Performance dieser Finanzdienstleistung noch der Abschluss eines entsprechenden Zinsbewirtschaftungsvertrages nachgewiesen werden.

- **Finanzierungsnebenkosten bleiben unberücksichtigt:** Prüferin und Finanzamt haben diese Kosten verteilt auf die Kreditlaufzeit prognostisch angesetzt und befinden sich damit im Recht (Ergebnisverschlechterung um $20,5 \times € 623.00 = € 12.771,50$)

- **Zukünftige Instandhaltungs- und Instandsetzungsaufwendungen werden nicht veranschlagt:** Die Prüferin hat auch dieses Manko durch einen entsprechenden Aufwandsansatz (noch ohne Wertanpassung € 300/J., bis 2026 daher mindestens € 6.000,00) ausgeglichen, der UFS hegt gegen dessen Höhe keine Bedenken.

Auf diese, realitätsnahen Werten entsprechenden, Korrekturansätze in der Prüferprognose sind die Bw nicht näher eingegangen.

Die offenkundig erst im Steuerstreit geborene Idee oder allenfalls schon abgeschlossene Vereinbarung einer Zinsbewirtschaftung mit hochriskanten Derivaten hat (abgesehen davon, dass sie weder präzisiert noch dokumentiert wurde) in der für den Streitzeitraum relevanten Prognoserechnung keinen Platz: Bei Betätigungen iSd § 1 Abs 2 L-VO kommt es regelmäßig auf die konkrete Art der Bewirtschaftung im jeweiligen Zeitraum an; spätere Verbesserungsmaßnahmen gewinnen gemäß § 2 Abs 4 L-VO als Änderung der Bewirtschaftungsart erst ab dem Zeitpunkt steuerliche Bedeutung, in dem sie tatsächlich gesetzt worden sind.

Den Bw ist es mit der von ihnen beigebrachten (adaptierungsbedürftigen) Prognoserechnung somit nicht gelungen, den Eintritt eines positiven Gesamtüberschusses binnen eines „absehbaren“ Zeitraumes von 20 Jahren darzutun, sodass die Annahme von Liebhaberei nicht ausgeschlossen ist, sondern im Sinne der Prüfer- Prognose bestätigt erscheint.

Eine mit dem gegenständlichen Finanzierungsmodell und einem unionsrechtlich argumentierbaren *Unternehmerbegriff* begründete Zusammenschau erwarteter *Zinserträge auf den Tilgungsträgern* und der mit Kreditkosten belasteten Vermietungsergebnisse – ein solches Ansinnen ist dem neuen Vorbringen in der mündlichen Berufungsverhandlung schlüssig zu entnehmen – findet weder im Gesetz noch im Gemeinschaftsrecht Deckung:

Zutreffend hat der Vertreter der Amtspartei auf die in § 2 Abs 3 EStG 1988 normierten Einkunftsarten hingewiesen, deren systematische Einordnung (laut Amtsvertreter: „Subsidiarität“) im Bereich der Einkommensbesteuerung von natürlichen Personen, welche nicht *betriebliche Einkünfte* iSd § 2 Abs 3 Z 1-3 EStG beziehen, keine Rechtsgrundlage dafür bietet, außerbetriebliche Einkünfte aus **Kapitalvermögen** (§ 2 Abs 3 Z 5, Ermittlung nach **§ 27**) und Einkünfte aus **Vermietung und Verpachtung** (§ 2 Abs 3 Z 6, Ermittlung nach

§ 28) in einer – hier gar nicht vorgelegten! – „integrierten“ Prognoserechnung zu einer einzigen Einkunftsart (gemeint: Vermietung und Verpachtung) zu verbinden, um so die Annahme von Liebhaberei hinsichtlich der Vermietungstätigkeit als widerlegt darzustellen. Denn das steuerpflichtige Einkommen ist gemäß § 2 Abs 2 EStG ausgehend vom Gesamtbetrag der (in Abs 3 aufgezählten) **Einkünfte** zu ermitteln. So ist es etwa einer steuerpflichtigen natürlichen Person (sei sie allein oder in einer schlichten Personenvereinigung tätig) verwehrt, Zinsgutschriften auf einem Sparbuch oder Konto mit den durch fremdfinanzierte Anschaffung eines außerbetrieblich genutzten Vermietungsobjektes verursachten Kreditzinsen gegen zu rechnen, wie es auch unzulässig ist, Einkünfte aus Spekulationsgeschäften (§ 2 Abs 3 Z 7 iVm § 30) in die Rentabilitätsrechnung einer ohne diesen Erfolg Verlust bringenden Vermietungstätigkeit (§ 28) einzubeziehen. Diese nach Einkunftsarten getrennte Erfassung von Betätigungsergebnissen (im Wege der Veranlagung) bzw. von Kapitalerträgen (durch Steuerabzug an der Quelle) gilt nach Maßgabe der speziellen Vorschriften gemäß § 98 Abs 1-3 EStG auch für im Inland beschränkt Steuerpflichtige wie die Bw. Dass die *ertrag*steuerlichen Vorschriften der L-VO einer Prüfung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht zu unterziehen wären, wird von den Bw nicht behauptet und ist auch sonst nicht ersichtlich.

Die angefallenen und prognostizierten Kreditzinsen sind daher nicht um (hier unbeziffert gebliebene) auf den Tilgungsträgern erwirtschaftete bzw. erhoffte Zinsgutschriften zu vermindern; sie sind vielmehr im vollen Umfang der zugrunde liegenden Kreditschuld anzusetzen und bilden die Hauptursache für den erlittenen bzw. aus Sicht des ursprünglichen Engagements zu erwartenden (zunächst bewusst in Kauf genommenen) Gesamtverlust. Dass aus einer externen Zinsbewirtschaftung (außerhalb der die Tilgungsträger verwaltenden Bank) irgendwelche Erträge den Bw zugute gekommen wären, wird nicht mehr behauptet. Dass Erträge aus bankinternen Bewirtschaftungsmaßnahmen zur vorzeitigen Teiltilgung der Kreditschuld (Zinsaufwand mindernd) verwendet worden wären (Umschichtung vom Tilgungsträger auf den Kredit), wurde vom steuerlichen Vertreter in der Berufungsverhandlung verneint und findet in den Prognoserechnungen, abgesehen von der in Variante I angenommenen Sondertilgung 2016, auch keinen Niederschlag.

Unter Hinweis auf schwebende Zivilprozesse (Klagen einer Bank gegen mehrere Anleger) und auf die noch laufende Prüfung einer gemeinschaftlich erstatteten Strafanzeige zahlreicher Anleger (gegen Organe von Banken und des Modellvertreibers) durch die Staatsanwaltschaft Wien (Sachverständigengutachten wurde in Auftrag gegeben) hat der zustellungsbevollmächtigte Vertreter Dr. X angeregt, mit der Berufungsentscheidung zuzuwarten, bis der erhobene Vorwurf einer bewussten Täuschung/Übervorteilung der falsch

informierten Anleger zivil- und strafrechtlich geklärt ist. Der Senat konnte diesem Verlangen aus folgenden Gründen nicht entsprechen:

- Im gegenständlichen Fall haben die Anleger (= Bw) Wohnung und Kfz- Stellplatz um einen Kaufpreis erworben, dessen Angemessenheit sie ausdrücklich anerkannten und damit außer Streit stellten (siehe Vertrag vom 14. Oktober 2006, Pkt II letzter Satz: „(...) **erklären ausdrücklich für den Fall, dass ein Unterschied zwischen dem Kaufpreis und dem wahren gemeinen Wert der vertragsgegenständlichen Liegenschaftsanteile bestehen sollte, dass ihnen der wahre Wert durch Erkundigungen bekannt war, sie sich jedoch dennoch bei dem genannten Kaufpreis geeinigt haben.**“).

- Dass ihnen die gegenständliche Wohnung nicht gezeigt worden war oder sie diese wegen dauernder Abwesenheit von Wien vor Abschluss des Kaufvertrages nicht besichtigt hatten, mag sein, stellt aber nach Auffassung des Senates keinen von den Bw unbeeinflussbaren, daher für sie unvermeidbaren äußeren Umstand (*arg* „unüberprüfbare Täuschung“) dar: Im Vertrag sind Top- und Stellplatz-Nummer eindeutig identifiziert, und der Verkäufer haftet weder für ein bestimmtes Ausmaß noch – von Satz- und Lastenfreiheit abgesehen - für eine besondere Beschaffenheit der vertragsgegenständlichen Liegenschaftsanteile (Kaufvertrag, Punkt V, 1. Satz).

- Auch das Argument, man wäre über die Ertragsaussichten der Vermietung falsch oder unzulänglich informiert worden, führt die Berufung oder auch nur die als Anregung formulierte Vertagungsbitte nicht zum Erfolg: Der Verkäufer hatte erklärt, dass das Wohnungseigentumsobjekt (bereits) vermietet ist. Die Käufer (Bw) erklärten, dass ihnen der bei der Hausverwaltung aufliegende Mietvertrag vollinhaltlich bekannt ist und sie bereit sind, in alle Rechte und Pflichten des Verkäufers aus diesem Vertrag vollinhaltlich einzutreten (ebenda, Punkt V, 2. – 4. Satz). Von einer irregeleiteten Annahme über die Ertragskraft des Objektes kann daher auf Seiten der Bw keine Rede sein.

- Die Bedingungen des Kreditvertrages waren gemäß der am 14. Oktober 2006 unterfertigten Kreditvereinbarung (Datierung des Dokuments vom 27. September 2006) eindeutig festgelegt. Eine bindende Zusage von wem immer, dass die erzielbaren Mieteinnahmen die gesamte Zinsenbelastung aus der endfälligen Kreditschuld abdecken würden – und die Schuldzinsen damit gedeckelt wären – findet sich weder in diesem Dokument noch in anderer Schriftform. Ob Derartiges den Bw von Organen der Kredit gewährenden Bank (wie behauptet) mündlich versprochen wurde, ist in diesem Verfahren irrelevant:

Zum einen stünde eine solche mündliche Kulanz- Zusage in eklatantem Widerspruch zum Wortlaut des Kreditvertrages, der die Abdeckung der Kreditschuld (nicht der laufenden Zinsen; vgl. dazu den Vertragspunkt **Abschlussposten**, wonach die Bw für entsprechende Deckung der jeweils zu Quartalsende fälligen Zinsen zu sorgen hätten) aus dem auf Tilgungsträgern angesammelten Kapital samt dort abreifenden Haben- Zinsen endfällig

vorsieht. Ein Forderungsverzicht, soweit der Tilgungsträgererfolg hinter der endfälligen Kreditschuld zurück bleibt, wurde nicht vereinbart; vielmehr haften die Anleger, abgesehen von der Sicherstellung durch zwei Deckungswechsel und vermittels der im Grundbuch eingetragenen Höchstbetragshypothek, auch mit ihrer vinkulierten Risikoversicherung sowie mit den verpfändeten Lohn- und Gehaltseinkünften für den ausständigen endfälligen Kreditbetrag. Eine bindende Zusage, auf ungedeckte Restschuldbeträge zu verzichten, widerspräche auch der Modellbeschreibung, wo darauf hingewiesen wird, dass in der Variante **Fremdfinanzierung** Differenz ausgleichende monatliche Zuzahlungen auf die Dotierung der Tilgungsträger (Mieteinnahmen und Anfangskapital) erforderlich sein könnten. Die Bw selbst räumen ein, über allfällig erforderliche Zuzahlungen in die Tilgungsträger – angeblich nur bis zu einem Betrag von € 100,00 monatlich in Hochzinsphasen – informiert worden zu sein: Ihre Annahme, dass ihnen die Deckelung der Kreditzinsen mit den Mieteinnahmen (unklar auch, ob vor oder nach Abzug der Einschüsse in den Mietenpool) garantiert worden sei, erscheint angesichts dieses Beratungsdetails nicht nachvollziehbar. Die Bw bestätigten außerdem im Kreditvertrag, über die

- AGB der Bank;
 - Allgemeinen Bedingungen für Kredite an Verbraucher;
 - Zusätzlichen Bedingungen für Multicurrency- Fremdwährungskredite an Verbraucher; und
 - Zusätzlichen Bedingungen für Verbraucherkredite mit Tilgungsträgern
- vollständig informiert worden und damit einverstanden zu sein.

Zum anderen wurden Schuldzinsen vereinbart, welche in Verbindung mit den übrigen Aufwendungen (AfA, Betriebskosten, Finanzierungsnebenkosten, Einschüsse in den Mietenpool, langfristig erwartbare Instandhaltungs-/Instandsetzungsaufwendungen) die erwartbaren Mieteinnahmen insgesamt ohne weiteres übersteigen konnten. Ob die Bw dieses strukturelle Ertragsdefizit selbst erkannten und einen Teil der Kreditschuld inzwischen auf welche Weise immer getilgt haben, geht aus dem Berufungsvorbringen nicht hervor und wurde trotz entsprechender Aufforderung durch den UFS im Verfahren nicht dokumentiert. Eine Umschichtung von den Tilgungsträgern auf das Kreditkonto fand jedenfalls nicht statt. Dass es sich bei einer allfälligen Teiltilgung um eine planwidrige, für die Beurteilung der Tätigkeit im Streitzeitraum unbeachtliche (allenfalls *pro futuro* relevante) Änderung der Bewirtschaftungsart handeln würde, erscheint nach den diesbezüglich zutreffenden Prüferfeststellungen begründet.

Ogleich nicht mehr von entscheidungswesentlicher Bedeutung, ist den Bw entgegen zu halten, dass eine derart hochgradige, marktunübliche Fremdfinanzierung von Eigentumswohnungen, deren Mieteinnahmen die Zinsenbelastung *nur nach eigenem Vorbringen der Bw* durch das Tilgungsträgerkapital am Ende der Kreditlaufzeit decken sollen, zu keiner steuerlichen Einkunftsquelle führen kann: Denn zusätzliche, zwangsläufig

erwachsene und im Kreditvolumen nicht mitfinanzierte Aufwendungen wie z. B. AfA, Betriebskosten, Instandhaltungsreserve und Mietenpooleinschüsse sind in dieser groben Überschlagsrechnung noch nicht berücksichtigt und müssen zu einem Gesamtverlust führen.

Die Bw haben sich, konfrontiert mit mehreren Möglichkeiten der Finanzierung ihres Engagements, für jene Extremvariante entschieden, welche mit einer USt- Gutschrift aus dem Vorsteuerabzug als **einzig**e „Eigenleistung“ der Anleger operiert und den wirtschaftlichen Erfolg der Vermietung gänzlich von Umständen abhängig macht, die einem vorsichtigen und steuerrechtlich beratenen „Kaufmann“ (Anleger) als unwägbare erscheinen mussten:

- ungewisse Entwicklung der an den LIBOR-CHF gebundenen Zinsenbelastung bis 2026;
- unrealistische Prognoserechnung, die mit fixer Zinsenbelastung und rasch steigenden Mieteinnahmen rechnet, aber fest stehende Aufwandsgrößen einfach ignoriert und nicht die Zinsenbelastung aus der gesamten Kreditsumme berücksichtigt sowie einen unrealistisch niedrigen Durchschnittszinssatz annimmt;
- Ausblenden der Regelungen des EStG 1988 und der Liebhabereiverordnung samt der dazu ergangenen reichhaltigen Rechtsprechung des VwGH.

Dieses Vorgehen zeugt von oberflächlicher Befassung mit den wirtschaftlichen Parametern der Investition, von einer unrealistischen Einschätzung der Ertragsaussichten (es sei denn, man plante ohnedies (wie im Modellprospekt ausführlich erörtert), die Wohnung nach Ablauf von 10 Jahren zu veräußern oder einer privaten Nutzung zuzuführen, ohne je eine ertragfähige Einkunftsquelle geschaffen zu haben) und von blankem Unwissen über die rechtlichen Voraussetzungen, unter denen hierzulande im Abgabenverfahren die Anerkennung einer derartigen Betätigung als Einkunftsquelle mit Vorsteuerabzug zu erlangen ist. Zu ignorieren, dass in Österreich unter dem Regime der Liebhabereiverordnung bereits Investitionsmodelle mit weit geringerer Fremdfinanzierungsquote als hier von den Abgabenbehörden geprüft wurden und vor den Höchstgerichten gescheitert sind, stellt ein sorgloses Vorgehen dar, für welches u. a. die Bw nun ziemlich spät die Vertragspartner (vor allem die Kreditgläubigerin) verantwortlich machen, während es das bewusst eingegangene Verlustmodell war, mit welchem die Republik Österreich im Wege des beträchtlichen Vorsteuerabzuges in hunderten von Fällen als erhoffter Mitfinanzierer massiv zur Kasse gebeten werden sollte. Dass die Bw – im Verbund mit anderen Anlegern – drei Jahre nach dem verunglückten Engagement 2009 Strafanzeige erstattet und sich der Kreditforderung ihrer Bank (wann immer; wohl aber erst nach 2007) unter Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen widersetzt haben, ist in Anbetracht des Streitzeitraumes ein recht später Rettungsaufwand mit ungewisser Erfolgsaussicht vor den Gerichten. Die einzige Ungewissheit betreffend das Engagement der Bw bestand im Grunde in der vagen Aussicht, als Einkunftsquelle mit Vorsteuerabzugsberechtigung anerkannt zu werden; darüber mag wohl die Beratung in und aus der Schweiz zu dürftig und vielleicht sogar unrichtig gewesen sein. Über die Frage, ob eine Einkunftsquelle vorliegt (vorliegen konnte), hat aber kein ordentliches Zivil- oder

Strafgericht mit bindender Wirkung für das Abgabenverfahren, sondern der UFS als Rechtsmittelinstanz im Abgabenverfahren zu entscheiden, wobei diese Frage eine im Administrativverfahren durch ihn (allein) zu beantwortende Hauptfrage bildet. diesbezügliche „Täuschungen“ der Bw (und anderer Anleger) können keine Aussetzung der Berufungsentscheidung bzw. kein Zuwarten mit der Entscheidung begründen, weil allenfalls unrichtige Auskünfte von Anlageberatern und/oder Wirtschaftstreuhändern keinen rechtlich bindenden Vertrauensschutz vor der Abgabenbehörde zu erzeugen vermögen. Sollten in Zukunft *wider Erwarten* strafgerichtliche Feststellungen im Sinne der Anzeige rechtskräftig getroffen werden (eine Anklage durch die StA ist keineswegs sicher; das Durchlaufen der Instanzen nach einem Ersturteil kann viele Jahre dauern; noch länger kann das laut Vorbringen der Bw unterbrochene Verfahren vor dem Zivilgericht dauern), die eine für das Abgabenverfahren relevante Vorfrage welcher Art immer lösen, so stehen die Aufrollungsmöglichkeiten der BAO zur Verfügung. Mit der Entscheidung konnte der Senat daher nicht zuwarten, bis etwa das Wohnungseigentumsobjekt nach dem 10. Jahr seit Ankauf steuerfrei veräußert sein würde und die Realisierung des (hinter dem Höchstpfandrecht der Bank nachrangigen) Abgabenanspruches mangels entsprechender Amts- und Vollstreckungshilfevereinbarung mit der Schweiz schwierig bis aussichtslos werden könnte. Einen zum Aufschub der Entscheidung allenfalls berechtigenden Vorfragentatbestand vermag der Senat in dem vor dem Zivilgericht anhängigen Streitthema (*sind die Bw als Kreditschuldner verpflichtet, die gesamten Zins- und Kreditforderungen der Bank zu erfüllen? sind ihre Konsumentenschutzrechte verletzt worden? wurden sie ohne ihr zumutbares Wissen übervorteilt?*) nach dem oben Gesagten nicht zu erkennen. Im Übrigen ist hinsichtlich der Frage der Umsatzsteuerpflicht der streitgegenständlichen Betätigung Sofortbeurteilung geboten.

Der Vorsteuerausschluss bei Vorliegen von Liebhaberei (§ 2 Abs 5 UStG 1994 iVm § 1 Abs 2 und § 6 L-VO II) wurde vom VwGH (siehe E 2006/15/0318 vom 23.09.2010 und dort referierte frühere Rechtsprechung) als eine mit Art 13 Teil B Buchstabe b der Sechsten MwSt-Richtlinie vereinbare „unechte“ Umsatzsteuerbefreiung mit Vorsteuerausschluss angesehen. Der VwGH erkennt dem eine liebhabereiartige Vermietung von privat nutzbarem Wohnraum betreibenden Wirtschaftssubjekt zwar entgegen dem Wortlaut des § 2 Abs 5 UStG 1994 „Unternehmer-“ Eigenschaft im Sinne der 6. MwSt Richtlinie zu; dies bedeutet aber nicht, dass damit immer auch ein einziger ertragsteuerlicher *Betrieb* bzw. eine einzige *Einkunftsquelle* vorliegt. So kann zum Beispiel eine natürliche Person (ein Zusammenschluss natürlicher Personen) im Rahmen ihres Unternehmens mehrere von einander unabhängige Betriebe führen, deren Jahresergebnisse getrennt zu ermitteln sind und die hinsichtlich ihrer Eignung zur Einkunftsquelle auch eine je eigene Beurteilung erfahren können. Dass Zinsen und andere

Kapitaleinkünfte eines privaten Anlegers keinen umsatzsteuerlichen Tatbestand erfüllen und den besonderen Vorschriften der §§ 27 bzw. 98 Abs 1 Z 5 unterliegen, sei nur angemerkt.

Gemäß § 2 Abs 5 Z 2 UStG 1994 gilt eine als Liebhaberei iSd § 1 Abs 2 L-VO eingestufte Betätigung nicht als unternehmerische Tätigkeit (Abschnitt II, L-VO, § 6). Da die Annahme von Liebhaberei nach den vorstehenden Erwägungen des Senates bestätigt ist, unterliegt die Betätigung – auf Grund unechter Steuerbefreiung – auch nicht der Umsatzsteuer, so dass die geltend gemachten Vorsteuern vom Abzug ausgeschlossen sind. Die Bw haben allerdings in den Mietverträgen betreffend Wohnung und Kfz-Stellplatz das Bestandentgelt zuzüglich Umsatzsteuer (10% bzw. 20%) vereinbart und die in den Mietzinsvorschreibungen (= Rechnungen) gesondert ausgewiesene Umsatzsteuer wie erklärt vereinnahmt. Sie schulden diese Steuer daher im Grunde des § 11 Abs 14 UStG 1994.

Wien, am 8. April 2011